

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur

Jacquemin, Hervé

Published in:

La codification del derecho contractual de consumo en el derecho civil catalán

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2015, Le formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur: quelques réflexions en droit européen et en droit comparé (Belgique et Espagne). Dans *La codification del derecho contractual de consumo en el derecho civil catalán*. Dykinson, Madrid, p. 169-191.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CAPÍTULO VI

LE FORMALISME CONTRACTUEL COMME MECANISME DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR - QUELQUES REFLEXIONS EN DROIT EUROPEEN ET EN DROIT COMPARE (BELGIQUE ET ESPAGNE)¹

HERVÉ JACQUEMIN

Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS)

Chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC

Avocat au barreau de Bruxelles

SOMMAIRE. 1. Introduction. 1.1. Multiplication des exigences de forme dans les législations consuméristes. 1.2. Lien entre la faiblesse du consommateur et la prescription d'exigences de forme. 1.3. Focus sur trois tendances récentes du formalisme contractuel. 2. Panorama des principales exigences de forme à l'aune de l'objectif de protection du consommateur. 2.1. Origine de la faiblesse du consommateur. 2.2. Fonctions des règles de forme. 2.3. Lien entre la protection du consommateur et les fonctions des règles de forme. 3. Tendances récentes caractérisant la renaissance du formalisme contractuel. 3.1. Renaissance du formalisme contractuel. 3.2. Multiplication quantitatives des mentions informatives, couplée à une standardisation et une simplification de celles-ci. 3.2.1. Avantages et inconvénients du formalisme contractuel. 3.2.2. Augmentation quantitative des mentions informatives. 3.2.3. Tendance consistant à simplifier et standardiser le formalisme informatif. 3.3. Prise en considération des technologies de l'information et de la communication. 3.3.1. Comment accomplir valablement les exigences de forme par voie électronique? 3.3.2. Prise en considération des contraintes liées à certains moyens de communication. 3.4. Des regrets persistants concernant les sanctions, d'un point de vue législatif ou jurisprudentiel. 3.4.1. Importance des sanctions pour atteindre l'objectif de protection de la partie faible. 3.4.2. Regrets sur la manière dont la méconnaissance des exigences de forme est sanctionnée les

¹ La présente contribution fait suite à un séminaire organisé à l'Université de Barcelone le 25 octobre 2013, sur le thème *Contractes asimètrics en sector regulats*, dans le cadre du projet I+D+i financé par le *Ministerio de Economía y Competitividad* espagnol «La nueva contratación privada: diseño y codificación de instrumentos reequilibradores en contextos de asimetría negocial» (DER2012-32667) et des activités du GREDINT SGR. Il constitue la version retravaillée et adaptée au droit espagnol de l'article suivant, du même auteur: «Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur», *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 267-286.

textes normatifs. 3.4.3. Regrets sur la manière dont les sanctions sont appliquées par la jurisprudence. 4. Conclusion. 4.1. Le formalisme comme mécanisme de protection. 4.2. Bilan et perspectives.

1. INTRODUCTION

1.1. Multiplication des exigences de forme dans les législations consuméristes

Le formalisme contractuel² figure parmi les moyens mobilisés par le législateur (de l'Union européenne et de chaque Etat membre) en vue de protéger le consommateur dans ses relations avec des professionnels.

Des mentions visant à extérioriser des informations relatives l'objet du contrat, l'identification des parties ou les droits et obligations dont elles disposent, sont ainsi requises. Dans certains cas, elles doivent être apposées sur un écrit ou un *support durable*, le cas échéant *signé* et établi en autant d'*exemplaires* qu'il y a de parties au contrat. On note que certaines dispositions légales sont extrêmement précises, en ce sens qu'elles déterminent également l'*apparence* des mentions (en gras), leur *emplacement* (au recto, avant la signature) ou leur *mode de rédaction* (à la main).

On trouve de nombreuses illustrations dans les textes légaux ou réglementaires ressortissant, totalement ou partiellement³, au courant consumériste⁴. Ceux-ci possèdent un champ d'application plus ou moins large, *ratione materiae* ou *ratione personae*, et peuvent par exemple viser spécifiquement le domaine du crédit, du voyage, des services de la société de l'information ou des services financiers. En droit espagnol, on peut ainsi citer, de manière générale, le *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*⁵ ou, dans des domaines plus spécifiques, la *ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito*

² Par formalisme contractuel, on entend «l'ensemble des règles prescrites par un texte légal ou réglementaire qui déterminent la manière dont la volonté ou une information particulière doit s'extérioriser au cours du processus contractuel, sous peine de sanction en cas d'inobservation» (voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 29, n° 10 et les réf. citées).

³ Si les textes légaux ou réglementaires cités ont pour objectif de protéger le consommateur, ils peuvent également avoir pour but de garantir une concurrence saine et loyale entre les professionnels (indépendamment de la protection du consommateur).

⁴ L'énumération faite au présent numéro est loin d'être exhaustive. Compte tenu des contraintes éditoriales et du nombre de pages forcément réduit de la présente contribution, seuls quelques exemples seront repris.

⁵ B.O.E., núm. 287 de 30 de novembre de 2007.

*al consumo*⁶, la *ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*⁷ ou la *ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*⁸. En droit belge, de nombreuses dispositions consuméristes sont désormais intégrées dans le Code de droit économique, qui règle entre autres les pratiques du marché et la protection du consommateur (Livre VI), la qualité des produits et des services (Livre VIII), le droit de l'économie électronique (Livre XII) ou le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Livre XVI). Le recours aux exigences de forme est confirmé dans les instruments adoptés (ou proposés) récemment au niveau européen (quoiqu'avec certaines nuances – cf. *infra*). On songe à la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁹ ou à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (l'«instrument optionnel»)¹⁰.

1.2. Lien entre la faiblesse du consommateur et la prescription d'exigences de forme

On admet généralement que c'est la faiblesse du consommateur dans ses relations contractuelles avec un professionnel qui a conduit le législateur à mettre en place ce mécanisme de protection, qui s'ajoute à d'autres mesures, d'ordre matériel ou procédural, poursuivant le même objectif (renforcement des

⁶ B.O.E., núm. 151 de 25 de junio de 2011.

⁷ B.O.E., núm. 166 de 12 de julio de 2007.

⁸ B.O.E., núm. 166 de 12 de julio de 2002.

⁹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, J.O., L 304 du 22 novembre 2011. Pour des commentaires, voy. J. STUYCK, «La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs», J.D.E., 2012, pp. 69 et s.; E. TERRY, «Richtlijn 2011/83/UE betreffende consumentenrechten – Nieuwe regels op komst voor directe verkoop», R.W., 2012-2013, pp. 922 et s.; P. ROTT, «More coherence? A higher level of consumer protection? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU», R.E.D.C., 2012/3, pp. 371 et s.; Ch. TWIGG-FLESSNER, «The impact of the Consumer Rights Directive (2011/83/EU) on Consumer Sale Contracts», Rev. Aff. Eur., 2012/3, pp. 563 et s.; E. POILLON, «Droit de la consommation», J.D.E., 2012, pp. 22 et s.; H. JACQUEMIN, «Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs», La vente. Développements récents et questions spéciales, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 225 et s.; PÔLE DE DROIT PRIVÉ DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS, «La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs», R.G.D.C., 2013, pp. 174 et s.

¹⁰ COM (2011) 635 Final. A propos de l'instrument optionnel, voy. C. DELFORGE, «Les ventes transfrontières aux consommateurs et aux P.M.E belges bientôt régies par un «Code» européen de la vente en lieu et place du Code civil?», J.T., 2012, pp. 753 et s.; B. KOHL et P. WÉRY, «La proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente», La vente. Développements récents et questions spéciales, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 7 et s.

obligations d'information, interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales, octroi d'un droit de rétractation, etc.).

Aussi s'indique-t-il, dans un premier temps, de montrer comment (et dans quelle mesure) les règles de forme doivent normalement contribuer à protéger le consommateur, supposé en position d'infériorité (point 2).

1.3. Focus sur trois tendances récentes du formalisme contractuel

Même si elle n'en constitue pas la seule manifestation, cette multiplication des exigences de forme dans les législations consuméristes est révélatrice d'une renaissance du formalisme contractuel. Aussi nous paraît-il intéressant de poser un regard critique sur ce phénomène et plus, particulièrement, sur trois tendances récentes qui semblent le caractériser (point 3).

2. PANORAMA DES PRINCIPALES EXIGENCES DE FORME À L'AUNE DE L'OBJECTIF DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

2.1. Origine de la faiblesse du consommateur

Pour montrer de quelle manière la multiplication des exigences de forme permet de protéger le consommateur, une analyse en trois étapes peut être menée¹¹.

Elle doit commencer par une identification précise des origines de la faiblesse dont il est supposé souffrir¹².

¹¹ Sur cette analyse en trois étapes, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*..., op. cit., pp. 49 et s.

¹² Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n° 9 et s.; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*..., op. cit., pp. 51 et s., n° 21 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de clauses abusives : «le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci» (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, point 25; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, points 29-31; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt*, points 46-48; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*).

L'infériorité du consommateur résulte principalement d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel (il s'agit plus précisément d'une asymétrie informationnelle, au préjudice de la partie faible). Dans les législations consuméristes, outre les fins pour lesquelles les parties s'engagent respectivement, elle peut s'expliquer par l'objet même du contrat (un contrat de crédit ou de time-sharing dont le consommateur ignore les contraintes légales, par exemple) ou par le mode (ou le lieu) de conclusion du contrat (un contrat conclu à distance et par voie électronique, par exemple, dans lequel le consommateur ne peut pas voir le bien ou le toucher).

La faiblesse peut aussi tenir à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière. Par exemple, le consommateur qui souscrit un crédit à la consommation peut être dans une situation financière telle qu'il est prêt à souscrire n'importe quel type de crédit (et pas forcément celui qui lui convient le mieux), au risque de sombrer dans le surendettement. Il convient d'ajouter que, pour l'essentiel, les contrats régis par les législations envisagées sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé.

2.2. Fonctions des règles de forme

Dans un second temps, il faut se pencher sur les *fonctions* des règles de forme, entendues comme les finalités immédiates, les qualités intrinsèques de ces exigences. On peut distinguer les mentions informatives, la signature, l'écrit et le mode de transmission de l'information.

Dans les législations consuméristes examinées, on trouve des listes plus ou moins longues de mentions qui doivent notamment figurer dans les publicités ou tout autre document échangé durant la période contemporaine la formation du contrat¹³. Leur fonction est, on s'en doute, d'énoncer une information, portant sur des éléments de fait et/ou de droit du rapport contractuel envisagé (elles peuvent concerner l'identification des parties, le prix, la durée du contrat et son éventuelle reconduction tacite, le droit de rétractation, les possibilités de mettre fin au contrat, etc.). En droit belge, on exige aussi que, dans certains cas, la mention soit rédigée en caractères gras¹⁴, ou par le débiteur¹⁵, voire qu'elle

¹³ En droit espagnol, voy. par ex. l'art. 10 de la Ley 34/2002; l'art. 7 de la Ley 22/2007; l'art. 10 et les art. 16 et s. de la Ley 16/2011 ou l'art. 60 du Real Decreto Legislativo 1/2007.

¹⁴ Art. VI.91 du Code belge de droit économique.

¹⁵ Art. VII.78 du Code belge de droit économique.

figure à un endroit spécifique de l'*instrumentum* (à l'endroit de la signature¹⁶, par exemple). Ces formalités complémentaires peuvent avoir pour fonction d'attirer l'attention du destinataire de l'information – la partie faible –, de préserver l'intégrité de cette information, voire d'authentifier son exactitude (s'agissant de la date ou du lieu de conclusion du contrat) ou son origine (pour établir que c'est le débiteur, et lui seul, qui a rédigé la mention).

Une *signature*, manuscrite ou électronique, peut être requise¹⁷. En droit belge, elle a pour fonction d'identifier le signataire (à comprendre comme l'authentification de son identité) et de marquer son adhésion au contenu de l'acte. On doit d'ailleurs noter que la fonction d'authentification est au service de la fonction d'adhésion, plus symbolique, et qui emportera des conséquences importantes dans le chef du signataire. C'est par exemple ce qui explique qu'en droit belge, en matière de crédit à la consommation, aucun paiement ne peut être effectué par les parties aussi longtemps que le contrat de crédit n'a pas été signé par celles-ci¹⁸.

Les mentions et la signature doivent figurer sur un support donné et, à cet égard, on doit malheureusement constater que les termes utilisés par le législateur pour désigner les formalités à accomplir sont particulièrement variés. Parmi d'autres, les textes légaux ou réglementaires en vigueur en Belgique requièrent en effet un bon de commande¹⁹, un contrat (au sens d'*instrumentum*)²⁰, un document justificatif²¹, un accusé de réception²², une brochure²³ ou un formulaire standard²⁴. Dans les législations plus récentes (principalement sous l'influence du droit de l'Union européenne), la terminologie tend à s'uniformiser puisqu'il faut généralement opter entre «le support papier ou un autre support durable»²⁵. On trouve également cette alternative en droit espagnol²⁶. A tout le moins, il semble que dans tous les cas

¹⁶ Art. VII.78 du Code belge de droit économique.

¹⁷ Art. VII.78 du Code belge de droit économique, en matière de crédit à la consommation. En droit espagnol, voy. l'art. 98 (6) ou l'art. 99 (2) du Real Decreto Legislativo 1/2007.

¹⁸ Art. VII.84 du Code belge de droit économique.

¹⁹ Art. 9, al. 1^{er}, et art. 10, § 1^{er}, de la loi belge du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *Moniteur belge*, 1^{er} avril 1994 (ci-après, loi belge sur le contrat de voyage).

²⁰ Art. 10, §§ 1^{er} et 2, et art. 23, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi belge sur le contrat de voyage.

²¹ Art. VI.89 du Code belge de droit économique.

²² Art. XII.9 du Code belge de droit économique.

²³ Art. 5 de la loi sur le contrat de voyage.

²⁴ Art. 8, § 1^{er}, de la loi belge du 28 août 2011 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, *Moniteur belge*, 16 septembre 2011 (ci-après, loi sur le time-sharing).

²⁵ Art. VII.78 du Code belge de droit économique; art. 8, § 3, et art. 10 de la loi belge sur le time-sharing.

²⁶ Art. 7, 10 12 ou 16 de la Ley 16/2011; art. 99 du Real Decreto Legislativo 1/2007; art. 9 de la Ley 22/2007.

les fonctions de l'écrit doivent être préservées²⁷. A l'analyse, il apparaît que ces termes sont utilisés comme des synonymes de l'écrit (acte, document), sont spécifiquement adaptés au contexte dans lequel la forme est requise (brochure, prospectus, formulaire, etc.) ou désignent une combinaison de formalités parmi lesquelles figure l'écrit (par exemple, le «contrat» est un «écrit», revêtu de la «signature» de celui qui s'oblige). Plus précisément, on s'accorde généralement pour attribuer à l'écrit des fonctions de lisibilité et de pérennité de l'information²⁸. Seule la fonction d'intégrité, à comprendre selon nous comme un moyen permettant de révéler les altérations apportées au contenu, est plus controversée²⁹.

Enfin, suivant le cas, le législateur règle également le *mode de transmission de l'information*, en exigeant notamment que cette information soit mise à la disposition³⁰, fournie³¹ ou communiquée³² au consommateur. De même, il peut être requis de rédiger autant d'exemplaires de la convention qu'il y a de parties contractantes³³ ou de remettre au consommateur une copie écrite du contrat³⁴. L'objectif principal est de garantir la mise à disposition, la communication ou la réception de l'information. Suivant le procédé utilisé, des fonctions complémentaires peuvent être atteintes: renforcer la pérennité ou l'intégrité³⁵.

²⁷ Pour s'en convaincre, on peut par exemple s'appuyer sur la formule utilisée dans la loi sur le time-sharing, qui exige que «les informations et leurs modifications soient fournies par le professionnel gratuitement, par écrit, de manière claire et compréhensible, sur un support papier ou sur un autre support durable aisément accessible pour le consommateur» (art. 8, § 3). On trouve un exemple similaire à l'article 21 du Real Decreto Legislativo 1/2007, aux termes duquel «las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero». Voy. aussi C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*, qui a jugé, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, que «le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier» (points 40 et 41 de l'arrêt).

²⁸ Voy., à cet égard, H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., pp. 121 et s., n° 73 et s., et les réf. citées.

²⁹ *Ibid.*, pp. 125 et s., n° 79-81.

³⁰ Art. 8 (1) de la directive sur les droits des consommateurs.

³¹ Art. VII.70 du Code belge de droit économique. Voy. par ex., en droit espagnol, l'art. 10 (1) de la Ley 16/2011.

³² De nombreuses informations doivent être communiquées à la partie faible par écrit (art. 7, al. 1^{er}, de la loi belge sur le contrat de voyage), voire sur (un support) papier ou sur un autre support durable (art. VI.57 du Code belge de droit économique). En droit espagnol, voy. par ex. l'art. 9 de la Ley 22/2007.

³³ Art. VII.78 du Code belge de droit économique; art. 16 de la Ley 16/2011.

³⁴ Art. 10 de la loi belge sur le time-sharing; art. 99 du Real Decreto Legislativo 1/2007.

³⁵ La pérennité et l'intégrité de l'information, qui constituent des fonctions de l'écrit, peuvent être renforcées lorsque celui-ci est établi en exemplaires multiples. En effet, la perte ou la destruction

de l'information, voire établir le moment de sa transmission³⁶. Dans l'arrêt *Content Services*³⁷ du 5 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a interprété les notions de «fourniture» et de «réception» de l'information³⁸. Ces termes requièrent un comportement actif dans le chef du professionnel, qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations³⁹. La Cour de justice a ainsi décidé que «lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni «fournies» à ce consommateur ni «reçues» par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7» (point 37 de l'arrêt)⁴⁰.

2.3. Lien entre la protection du consommateur et les fonctions des règles de forme

Pour expliquer dans quelle mesure une règle de forme, compte tenu de ses fonctions, constitue un moyen pour atteindre un objectif donné, en l'occurrence protéger le consommateur, il échet de compléter l'analyse par l'identification du maillon intermédiaire entre la fin (protéger la partie faible) et le moyen (imposer des règles de forme aux fonctions diverses). Compte tenu de leurs fonctions, les exigences de forme permettent en effet d'atteindre divers *objectifs* – que nous qualifions d'«*intermédiaires*» – qui expliquent qu'elles aient été retenues comme mécanisme pour protéger la partie faible⁴¹.

Des formes ont pour objectif intermédiaire de garantir un *consentement informé et réfléchi* du consommateur, en veillant à sa bonne information et en prévenant les fraudes ou les abus éventuels de son cocontractant⁴². Le but peut

de l'un des exemplaires peut être compensée par la production d'un autre original (pérennité renforcée). De même, en comparant les exemplaires, il est possible de détecter les modifications qui auraient pu leur être appliquées (intégrité renforcée).

³⁶ Lorsque l'on recourt à une lettre recommandée, par exemple.

³⁷ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*

³⁸ Il doit avoir la possibilité de rester passif et, dès lors, s'abstenir d'effectuer la moindre démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Voy. CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*, point 33.

³⁹ Corrélativement, le consommateur doit avoir la possibilité de rester passif, sans avoir à effectuer des démarches spécifiques en vue d'en prendre connaissance.

⁴⁰ Pour une analyse critique de cette position, voy. H. JACQUEMIN, «Arrêt 'Content Services': l'exigence du support durable dans les contrats à distance», *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246. Sur cet arrêt, voy. aussi S. DE POURCOQ, «De informatieverplichting bij verkoop op afstand: een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet», note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

⁴¹ Sur cet objectif intermédiaire, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., pp. 140 et s., n° 94 et s.

⁴² Par exemple, les mentions doivent être apposées sur un écrit, requis au stade précontractuel ou au moment de la formation du contrat. On ne s'en étonne guère: l'objectif d'information – et,

être également d'informer la partie faible sur des éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat⁴³.

3. TENDANCES RÉCENTES CARACTÉRISANT LA RENAISSANCE DU FORMALISME CONTRACTUEL

3.1. Renaissance du formalisme contractuel

À la lumière de l'évolution du droit des contrats, de nombreux auteurs observent une renaissance du formalisme contractuel dès le début du XX^e siècle⁴⁴. Il faut toutefois attendre la seconde moitié du siècle, et spécialement la dernière décennie de celui-ci⁴⁵, pour que la tendance connaisse un développement considérable, principalement en droit du travail ou en droit de la consommation⁴⁶.

par voie de conséquence, la protection du consentement de la partie faible – est atteint avec une efficacité renforcée si les renseignements sont extériorisés de la sorte au lieu d'être communiqués oralement. S'agissant parfois de données techniques, d'ordre économique ou juridique, il peut être utile que leur destinataire soit en mesure de les relire plusieurs fois, le cas échéant en demandant conseil à un tiers pour faciliter leur compréhension. Les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'écrit permettent de procéder à la relecture des données et, ainsi, garantissent une meilleure information de la partie faible.

⁴³ On peut prendre l'exemple des mentions requises par l'article VI.45 du Code belge de droit économique (ou la disposition correspondante, à l'art. 97 (1), n), du Real Decreto Legislativo 1/2007), en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers. Sont notamment visées «les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants» (5°). Son rôle est de donner au consommateur les informations lui permettant de réagir adéquatement en cas de problème avec le produit livré. Et dans la mesure où ce problème peut apparaître plusieurs mois après la conclusion du contrat, l'exigence de la *réception* de ces informations, par le consommateur, par écrit ou sur un autre support durable, se justifie clairement (eu égard à la fonction de pérennité de la formalité).

⁴⁴ En ce sens, P. MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Paris, L.G.D.J., 1914, pp. 56-57 et pp. 181-183 (à propos de la vente à tempérament, l'auteur précise que le formalisme de ce contrat, «bien que souple, n'a plus [...] pour but d'obtenir la sécurité et de faciliter les relations d'affaire mais bien plutôt d'enrayer le développement et le succès de ces ventes à tempérament et surtout de protéger l'acheteur [...]»). Voy. aussi R. DEMOGUE, *Traité de droit des obligations en général. I. Les sources*, t. 1, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, pp. 315-316, qui précise que «le formalisme dans nos civilisations avancées tend à renaître [...] pour protéger certaines classes sociales (actionnaires en cas d'apport, ouvriers en cas d'accident du travail, etc.)».

⁴⁵ Il faut préciser que si les textes adoptés à partir des années nonante constituent la manifestation principale du phénomène de renaissance, nombre d'entre eux se substituent à d'autres législations, en vigueur depuis plusieurs décennies, et prescrivant déjà l'accomplissement de formalités diverses, quoique moins nombreuses.

⁴⁶ Cet objectif est souligné par la doctrine belge et française. Voy. notamment J. FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 93 et s.; J.-L. BAUDOUIN, «Rapport général», *La protection des consommateurs (Journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri

À la lumière des développements législatifs ou jurisprudentiels récents, nous croyons possible d'identifier trois tendances marquantes, qui permettent de caractériser cette renaissance du formalisme contractuel. On note ainsi une multiplication des mentions informatives, couplée à un processus de standardisation et de simplification de celles-ci (3.2). On relève aussi une prise en compte croissante des contraintes imposées par le recours aux technologies de l'information et de la communication (3.3). Enfin, il reste des regrets persistants sur le plan des sanctions, d'un point de vue normatif ou jurisprudentiel (3.4).

3.2. Multiplication quantitatives des mentions informatives, couplée à une standardisation et une simplification de celles-ci

3.2.1. Avantages et inconvénients du formalisme contractuel

Comme toute technique législative, le formalisme contractuel possède des avantages et des inconvénients⁴⁷.

Capitant, t. XXIV (1973), Paris, Dalloz, 1975, pp. 8 et s.; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, «Le droit des contrats face à l'évolution économique», *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 11 et s.; P. LE TOURNEAU, «Quelques aspects de l'évolution des contrats», *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 366-367, n° 36; Ph. JESTAZ, «L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945», *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 128; J. MESTRE, «L'évolution du contrat en droit privé français», *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*, Paris, P.U.F., 1986, p. 48; Th. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 211-212, n° 96; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 336 et s., n° 373 et s., spéc. pp. 341-342, n° 380; M. FONTAINE, «La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse)», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 627-628, n° 19; F. DOMONT-NAERT, «Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge», J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 225, n° 13; P. VAN OMMESELAGHE, «Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?», *Hommages à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 533-537, n° 13-17; X. LAGARDE, «Observations critiques sur la renaissance du formalisme», *J.C.P.*, I 170, 1999, pp. 1767 et s., n° 40, pp. 1768-1769; G. COUTURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *Rép. Defrénois*, 2000, p. 885; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 705-706, n° 18; P. WÉRY, «Le droit commun des obligations contractuelles face à l'émergence des nouvelles législations», *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 401-403, n° 8; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., pp. 37 et s., n° 17; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113 et s.

⁴⁷ Pour un examen des avantages et des inconvénients du formalisme, notamment pour expliquer son évolution historique, voy. P. MOENECLAËY, op. cit., pp. 25-39; R. VON JHERING, *L'esprit du*

Si les avantages sont évidents, en ce que les règles de forme permettent au consommateur de donner un consentement informé et réfléchi, tout en garantissant la transmission de divers éléments de fait ou de droit utiles en cours d'exécution du contrat (cf. *supra*, point 2), il ne faut pas négliger les inconvénients qui peuvent en résulter.

Dans le chef du prestataire, chargé de respecter ces règles de forme, elles peuvent être vues comme un facteur de complexité, de nature à alourdir ou retarder la conclusion des contrats. Après avoir démêlé l'écheveau législatif, il doit prendre le temps d'accomplir les diverses formalités, au moment requis et en respectant les exigences, souvent pointilleuses, établies par la loi: on songe à la rédaction d'un écrit, muni de diverses mentions, situées à un emplacement précis, que son cocontractant doit signer ou compléter et qu'il convient de reproduire en plusieurs exemplaires. À titre de comparaison, l'échange de consentements de vive voix apparaît infiniment plus simple et plus rapide.

Aussi faut-il se garder de multiplier les règles de forme de manière disproportionnée⁴⁸, étant entendu que la limite au-delà de laquelle les formes deviennent trop nombreuses pour que l'objectif – d'information principalement – soit atteint est difficile à tracer (dans ce cadre, une analyse psychologique ou sociologique serait sans doute souhaitable)⁴⁹. En définitive, la meilleure

droit romain dans les diverses phases de son développement (trad. O. DE MEULENAERE), t. III, 3^e éd., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, pp. 173 et s.; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, (refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE), t. 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 325, n° 592, pp. 347-348, n° 618; J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 184, n° 94.

⁴⁸ Les risques liés à l'excès d'information sont ainsi soulignés par les auteurs, spécialement à propos des rapports contractuels noués par le biais des réseaux et soumis, pour la plupart, aux dispositions de la LSSI et de la LPMC (voy. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 228, n° 172; Id., «Les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels», *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 353, n° 57. Voy. ég. M. DEMOULIN, «Les mineurs et le commerce électronique: besoin de protection ou d'autonomie?», *J.T.*, 2007, p. 114, n° 41, à propos des propositions de loi visant à renforcer les obligations d'information à l'égard des mineurs. Elle indique que «la quantité d'informations à fournir obligatoirement au consommateur qui achète sur Internet atteint un seuil de saturation au-delà duquel il ne faut pas s'aventurer, sous prétexte de nuire à la qualité même de l'information»).

⁴⁹ Voy. les considérations nuancées de E. BALATE, P. DEJEMPEPE et F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation*, Bruxelles, De Boeck, 1995, p. 167, n° 212: «contrainte lourde, coûteuse et inefficace ou, par contre, restauration de l'autonomie de la volonté en lui donnant un contenu plus réel que formel, le formalisme fait l'objet d'un débat, souvent passionné, qui est loin d'être tranché». Sur l'utilité ou l'inutilité du formalisme en matière de crédit à la consommation, voy. F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement. Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 185-188. De manière générale, voy. aussi Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 67-68, n° 87, qui estime, avec nuance, que «si le risque est là, il ne doit pas masquer l'avantage pour le cocontractant d'obtenir facilement les informations jugées essentielles».

solution n'est pas la prescription de nombreuses règles de forme, à toutes les étapes du processus contractuel et pour tout type de contrat qui serait conclu, ni leur abolition pure et simple. Compte tenu de leurs avantages et de leurs inconvénients, d'une part, de l'objectif final poursuivi par le législateur, d'autre part, une solution intermédiaire, équilibrée et proportionnée, entre ces deux options extrêmes doit être trouvée.

Le législateur est vraisemblablement conscient de ces éléments, il ne paraît pas en prendre la pleine mesure. L'analyse des interventions législatives les plus récentes semble en effet révéler un double mouvement consistant à multiplier, de manière quantitative, le formalisme informatif de la mention, tout en simplifiant celles-ci et en garantissant un niveau plus élevé de standardisation.

3.2.2. Augmentation quantitative des mentions informatives

Dans la plupart des législations de protection du consommateur, on trouve l'un ou l'autre article qui égrène une longue liste de mentions informatives qui doivent figurer dans le contrat, les publicités ou dans une confirmation communiquée au consommateur (voy. *supra*). On remarque qu'au fil du temps, et notamment sous l'influence du droit de l'Union, les mentions requises sont de plus en plus nombreuses. Le phénomène s'observe notamment dans la directive sur les droits des consommateurs⁵⁰, dont l'article 6 énumère pas moins de 20 mentions⁵¹; en transposant celle-ci dans le Code de droit économique, le législateur belge⁵² a allongé en conséquence les listes de mentions informatives auparavant prescrites par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁵³. Il est permis de se demander si les mentions ainsi requises ne dépassent pas le seuil critique au-delà duquel l'efficacité de la mesure tend à disparaître – risque illustré par le brocard

⁵⁰ Voy. aussi l'art. 8 (2) de la directive, aux termes duquel «le professionnel veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnait explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible «commande avec obligation de paiement» ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer le professionnel. Si le professionnel ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande».

⁵¹ Comp., pour les contrats à distance, aux art. 45 et 46 de la LPMC et, pour les contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise, à l'art. 60 de la LPMC.

⁵² Ou son homologue espagnol, dans le Real Decreto Legislativo 1/2007, tel que modifié par la Ley 3/2014 del 27 de marzo de 2014.

⁵³ Voy. H. JACQUEMIN, «Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs», *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 254, n° 34.; C. DELFORGE et al., «La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs: quels changements attendre?», *J.T.*, 2013, p. 341.

bien connu «trop d'information tue l'information»⁵⁴. Un effort de synthèse aurait sans doute pu être fait dans certains cas, même s'il faut reconnaître que la prise en compte de réalités économiques récentes, telles que les contenus numériques⁵⁵, est assurément une bonne chose.

3.2.3. Tendance consistant à simplifier et standardiser le formalisme informatif

Dans la directive sur les droits des consommateurs, la tendance consistant à multiplier les mentions informatives (*supra*) est heureusement compensée par une standardisation des informations à fournir. Pour faciliter la tâche des professionnels (et, partant, renforcer la protection du consommateur), le législateur établit des formulaires standardisés qu'il suffit au professionnel de recopier, en les adaptant au cas d'espèce. Un formulaire contenant les informations standardisées – identifiant les informations sur la rétractation en tant que telle et proposant modèle de formulaire de rétractation – est ainsi annexé à la directive sur les droits des consommateurs⁵⁶ (et devra donc se trouver dans les législations de transposition). Des exigences semblables figurent aussi dans la législation applicable au crédit à la consommation⁵⁷ ou au time-sharing⁵⁸. Cette manière de faire doit être encouragée, même si des efforts devront encore être faits pour s'assurer que les informations ainsi transmises sont effectivement lues et comprises par les consommateurs.

⁵⁴ A cet égard, on ne peut tirer argument du fait qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne lisent qu'un nombre très limité de mentions. L'absence de lecture, à cette étape du processus contractuel, ne doit pas conduire à supprimer les mentions qui ne sont généralement pas consultées. Les informations qu'elles extériorisent peuvent en effet être lues utilement par la suite (en cas d'inexécution de certaines obligations, par exemple) et, à ce moment, on appréciera leur existence et l'exemplaire du contrat que le cocontractant aura été légalement tenu de remettre.

⁵⁵ Pour répondre spécifiquement aux difficultés qui ont pu être rencontrées en pratique à leur propos, l'information requise par la directive porte sur «les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection applicables» et sur «toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance» (art. 5, g) et h) et 6, r) et s)).

⁵⁶ Aux termes de l'article 6 (4) de la directive, «le professionnel a respecté les obligations d'information énoncées au paragraphe 1, points h), i) et j), s'il a fourni lesdites informations [standardisées] au consommateur, correctement complétées».

⁵⁷ Voy. les informations européennes normalisées en matière de crédit au consommateur, figurant en annexe du Livre VII du Code belge de droit économique ou de la Ley 16/2011.

⁵⁸ A la loi sont annexés quatre formulaires standards d'information portant respectivement sur les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, sur les contrats de produits de vacances à long terme, sur les contrats de revente et sur les contrats d'échange. A ce propos, voy. A. GUYOT, «Loi du 28 août 2011 sur le time-sharing: harmonisation rime-t-elle avec meilleure protection du consommateur?», *J.T.*, 2012, p. 685.

Dans le même sens, on observe une réduction des exigences complémentaires aux mentions. En droit belge, conformément à la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, abrogée et remplacée par le Code de droit économique (en particulier le Livre VI), des exigences additionnelles étaient prescrites pour informer le consommateur de l'existence ou de l'absence de droit de rétractation: la clause devait en effet être rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte en première page⁵⁹. De telles formalités ont été supprimées au moment de transposer la directive sur les droits des consommateurs: elle est d'harmonisation complète⁶⁰ et ne contient pas de telles exigences⁶¹. Sans être nécessairement favorable à une présentation aussi casuistique des clauses de rétractation, il faut reconnaître que la probabilité de voir l'information transmise au consommateur (et, le cas échéant, le droit de rétractation exercé) est singulièrement accrue sous le régime précédemment en vigueur. Avec la directive, on peut craindre que l'information sur ce droit très important en matière de contrats à distance passe finalement inaperçue, perdue dans la masse d'informations transmises par ailleurs au consommateur.

Par contre, on doit assurément se réjouir qu'à l'occasion de la réforme de la loi belge sur le crédit à la consommation⁶², l'article 14, § 3, ancienne mouture, n'ait pas été conservé. Il imposait en effet que certaines mentions soient présentées «sous la forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent». Pour deux d'entre elles, l'endroit où elles doivent figurer était aussi précisé⁶³. On peut gager que, même si la formulation actuellement en vigueur est nettement plus simple, le dispositif n'a pas perdu en efficacité et permet d'offrir au consommateur le même niveau de protection. En outre, elle

⁵⁹ Art. 46 de la loi du 6 avril 2010.

⁶⁰ Voy. l'art. 4 et l'art. 8, § 10, de la directive sur les droits des consommateurs.

⁶¹ Voy. C. DELFORGE *et al.*, «La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs: quels changements attendre?», *J.T.*, 2013, p. 341. Voy. cependant les controverses susceptibles de voir le jour, compte tenu de la référence à l'information «précontractuelle» à l'art. 8 (10) de la directive (à ce propos, voy. H. JACQUEMIN, «Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs», *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 257-258, n° 36).

⁶² Loi du 13 juin 2010 modifiant la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 21 juin 2010. Cette loi sur le crédit à la consommation est désormais intégrée dans le Livre VII du Code belge de droit économique.

⁶³ Le contrat devait ainsi indiquer «à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, les mentions :

a) «Ne signez jamais un contrat non rempli. » ;

b) «L'assurance n'est jamais obligatoire. Conformément à l'article 4, § 2, alinéa 2 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat, avec effet immédiat au moment de la notification, pendant un délai de trente jours à compter de la réception par l'assureur de la police présignée ou de la demande » (art. 14, § 3, 1°).

permet de mettre un terme au contentieux abondant – et controversé – que le non-respect de la disposition avait pu susciter⁶⁴.

3.3. Prise en considération des technologies de l'information et de la communication

3.3.1. Comment accomplir valablement les exigences de forme par voie électronique?

Avec l'avènement de la société de l'information s'est posée la question de savoir comment accomplir valablement les formes prescrites par voie électronique, dès lors qu'elles avaient généralement été conçues par référence au papier⁶⁵.

Le législateur est intervenu et, sous l'influence des travaux de la CNUDCI et de ses lois-types sur le commerce électronique (1996) et sur la signature électronique (2001), la théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée dans les réglementations nationales⁶⁶. Elle permet de lever les obstacles formels, tout en garantissant un niveau élevé de sécurité juridique.

⁶⁴ A ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, pp. 506 et s., n° 377 et les réf. citées.

⁶⁵ Au niveau européen, les Etats membres étaient tenus de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique: voy. l'art. 9 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁶⁶ Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique ou, s'ils le peuvent, ce n'est qu'au prix d'une grande insécurité juridique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir. Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité. Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeable. En droit belge, cette théorie est consacrée à l'article XII.15, § 1^{er}, du Code de droit économique, aux termes duquel «toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées». Le § 2 de cette disposition applique ensuite la théorie aux formalités rencontrées le plus souvent en pratique: l'écrit, la signature et la mention manuscrite. En droit espagnol, on peut consulter les articles 23 et s. de la Ley 34/2002 qui ne contient pas de référence aussi explicite à la théorie des équivalents fonctionnels. Tout au plus est-il indiqué, s'agissant de l'écrit, que «siempre que la Ley exige que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico». La Ley 34/2002 n'indique toutefois pas les qualités fonctionnelles attendues dudit support électronique.

Dans certains cas, il n'est toutefois pas nécessaire à l'interprète de la norme de se fonder sur cette théorie puisque le recours possible aux technologies de l'information est directement pris en considération par le législateur, qui désigne les formalités à accomplir au moyen de termes neutres (obligation d'accuser réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable)⁶⁷.

En tant que telle, cette manière de faire doit être approuvée, même si l'on peut adresser certains reproches aux notions utilisées, en particulier à l'expression de «support durable»⁶⁸ qui semble fonctionnellement équivalente à l'écrit⁶⁹ et qui manque de précision sur le plan terminologique⁷⁰. Du reste, on plaide pour que le législateur reste très attentif à l'exigence de neutralité technologique et qu'il veille scrupuleusement à préserver l'équivalence fonctionnelle entre les exigences requises dans l'environnement papier ou dans l'environnement numérique. On regrette par exemple que l'accomplissement de certaines formalités par voie électronique soit soumis à des conditions plus sévères que les exigences correspondantes dans l'environnement papier⁷¹, ou inversement⁷².

⁶⁷ Voy. les réf. citées *supra*.

⁶⁸ A ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, «Arrêt 'Content Services': l'exigence du support durable dans les contrats à distance», *J.D.E.*, 2012, pp. 243 et s. Rappelant que le caractère durable porte plus sur les informations que sur le support, voy. aussi M. DEMOULIN, «La notion de 'support durable' dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?», *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

⁶⁹ Pourquoi, dès lors, introduire une nouvelle terminologie, au risque de créer la confusion?

⁷⁰ Ce n'est pas le support, mais l'information qui doit être durable et cette caractéristique devrait être complétée par les autres fonctions, de lisibilité et d'intégrité, attendues de la formalité.

⁷¹ Il faut en effet constater que les fonctions attribuées à la signature électronique par l'art. 1322, al. 2, du Code civil belge ou l'art. 4, § 4, de la loi belge du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*Moniteur Belge*, 29 septembre 2001) ne sont pas parfaitement identiques à la double fonction d'authentification de l'identité et d'adhésion au contenu, généralement reconnue à la signature manuscrite.

⁷² On note ainsi qu'aux termes des art. 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 de l'A.R. du 3 juin 2007 portant les règles et modalités visant à transposer la directive concernant les marchés d'instruments financiers, la fourniture d'informations est autorisée sur un support durable ou par le truchement (sic) d'un site web. Par hypothèse, cette alternative est offerte lorsque le site web ne constitue pas un support durable (même si on pourrait dans certains cas arriver à la conclusion que tel est le cas). Il doit cependant répondre aux conditions de l'article 5, § 3, aux termes duquel, «lorsque, en vertu des articles 10 à 13, 26, § 2, alinéa 2, et 72 à 75 une entreprise réglementée fournit des informations à un client au moyen d'un site web et que cette information n'est pas adressée personnellement au client, les conditions suivantes doivent être respectées :

a) la fourniture de cette information par ce moyen est adaptée au contexte dans lequel sont ou seront conduites les affaires entre l'entreprise et le client;

b) le client consent spécifiquement à la fourniture de cette information sous cette forme;

c) le client se voit notifier par voie électronique l'adresse du site web et l'endroit du site web où il peut avoir accès à cette information;

d) l'information est à jour;

3.3.2. *Prise en considération des contraintes liées à certains moyens de communication*

L'utilisation des appareils mobiles – *smartphone* ou tablettes par exemple – pour conclure des contrats, en lieu et place des ordinateurs classiques, amène à s'interroger sur l'adaptation du cadre normatif actuel à ce mode spécifique de contracter⁷³. En particulier, on peut se demander s'il est possible d'accomplir les exigences de forme (la longue liste des mentions informatives, par exemple) avec la même efficacité ou de conserver les documents en les imprimant ou en les enregistrant. Même si les différences tendent à se réduire, il reste des contraintes techniques, qui appellent, de manière exceptionnelle et dans le respect du principe de proportionnalité, des réponses différenciées.

A ce sujet, des solutions satisfaisantes sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs ou les législations de transposition⁷⁴, principalement par une réduction des exigences formelles en raison des contraintes liées à la technique de communication utilisée.

De lege ferenda, nous sommes également d'avis que la théorie des équivalents fonctionnels, utilisée pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, devrait être étendue à cette hypothèse: d'autres mécanismes, fonctionnellement équivalents aux obligations d'information – en ce sens qu'ils permettent au moins d'atteindre les finalités de ces exigences – pourraient ainsi être mis en place. On songe à l'intervention de tiers de confiance (pour stocker les informations qui ne pourraient pas être

e) l'information est accessible de manière continue via le site web pendant le laps de temps qui est raisonnablement nécessaire au client pour l'examiner».

Cette alternative laisse perplexe (voy. H. JACQUEMIN, «Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle», *La protection du consommateur en droit financier*, Limal, Anthemis, 2012, p. 132, n° 12). La notion de «site web» ne nous paraît pas conforme au principe de neutralité technologique (voy. le considérant n° 8 de la directive 1999/93/CE sur la signature électronique ou la loi type de la CNUDCI de 2001 sur les signatures électroniques et le Guide pour son incorporation, New York, Publ. des Nations Unies, 2002, p. 35, n° 82). En l'occurrence, des discussions pourraient voir le jour au moment de décider si les pages visionnées depuis un appareil mobile (*smartphone*, tablette, etc.) ou même une télévision (et qui sont tirées de l'internet) répondent à la définition de pages web. On peut aussi se demander si les conditions posées à l'article 5, § 3, apportent des garanties suffisantes au consommateur. En particulier, il n'est pas requis que l'intégrité de l'information soit préservée (par un enregistrement, une impression ou la mise en place d'un système d'archivage, par exemple).

⁷³ Voy. P. CONGO, «Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile», *R.D.T.I.*, 2010/40, pp. 115-138.

⁷⁴ Voy. l'art. 8, (4), qui vise les contraintes d'espace pour la présentation des informations et indique les informations minimales qui doivent à tout le moins être transmises sur la technique de communication à distance en question, les autres informations devant être fournies sous une forme adaptée (voy. aussi, sur ce point, le considérant n° 36).

enregistrées sur l'appareil mobile) ou à l'octroi un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

3.4. Des regrets persistants concernant les sanctions, d'un point de vue législatif ou jurisprudentiel

3.4.1. Importance des sanctions pour atteindre l'objectif de protection de la partie faible

Comme pour tout autre mécanisme de protection du consommateur, des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées⁷⁵ doivent exister et être mises en œuvre en cas de méconnaissance du formalisme contractuel. Qu'elles soient civiles, pénales ou administratives, elles constituent assurément un moyen important pour atteindre l'objectif général consistant à lutter contre la faiblesse supposée du consommateur (*supra*, point 2).

Sur le plan *civil*, les sanctions sont nombreuses et variées, permettant tantôt de poursuivre l'exécution du rapport contractuel, tantôt d'y mettre fin, moyennant ou non l'intervention d'un juge. Sous réserve de l'action en cessation⁷⁶ et de la mesure établie à l'article VI.38 du Code belge de droit économique – possible remboursement des sommes payées sans restitution par le consommateur du produit livré – qui est d'application si le non-respect d'une règle constitue une pratique commerciale déloyale à l'égard des consommateurs au sens des articles VI.93 et suivants du même Code, on trouve principalement des sanctions ponctuelles dont, il faut le reconnaître, on peine parfois à trouver la cohérence globale. Le même constat peut être fait en droit espagnol. Les

⁷⁵ Cette triple exigence est imposée par le législateur européen. Voy., par exemple, l'article 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, J.O., L 133 du 22 mai 2008; l'article 15 de la directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, J.O., L 33 du 3 février 1999 ou l'art. 24 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁷⁶ En droit belge, il convient de noter qu'en pratique, cette action ne sera pas introduite par un consommateur mais par une autre entreprise, généralement concurrente, qui s'estime victime d'un acte de concurrence déloyale (art. VI.104 du Code de droit économique). Cette circonstance, paradoxale de prime abord, peut s'expliquer par le double objectif des mécanismes précités – protéger le consommateur, d'une part, garantir une concurrence saine et loyale sur le marché, d'autre part – ainsi que par les réticences des consommateurs devant les coûts et la durée d'une procédure judiciaire (mis en perspective par rapport aux montants en jeu). On doit toutefois reconnaître que si l'action en cessation profite, pour l'avenir, aux consommateurs en général, elle est sans grand intérêt pour ceux qui ont pu être les victimes, dans le passé, de la violation des règles dénoncées. En droit espagnol, voy. les art. 53 et s. du Real Decreto Legislativo 1/2007 sur l'action en cessation.

sanctions peuvent consister à annuler le contrat⁷⁷ ou à convertir celui-ci. La conversion se traduit notamment par l'allongement du délai de rétractation⁷⁸, la réduction des obligations du consommateur-emprunteur à crédit⁷⁹, la dissolution du contrat par le consommateur à des conditions plus favorables que celles normalement prévues⁸⁰ ou la dispense de certains paiements⁸¹. Pour le reste, et pour autant qu'elles ne soient pas jugées incompatibles avec ces mesures spécifiques, les sanctions tirées de la théorie générale des obligations restent d'application⁸² (étant entendu qu'elles jouent un rôle majeur lorsqu'il n'existe pas de sanction civile spécifique dans la législation concernée).

Pour exercer certaines activités, des formalités *administratives* doivent être observées par les entreprises (inscription ou agrément, par ex.). En cas de non-respect des règles prescrites par les textes légaux, il pourrait leur être interdit de poursuivre – en tout cas temporairement – leurs activités: en droit belge du crédit à la consommation, les inscriptions⁸³ peuvent, en effet, être suspendues ou radiées et l'agrément peut être suspendu ou retiré⁸⁴.

Quant aux sanctions *pénales*, elles consistent en des peines d'amende et/ou de prison⁸⁵⁻⁸⁶. En droit belge, on doit à cet égard souligner la compétence des autorités publiques (en particulier la Direction générale Contrôle et Médiation du SPF Economie) pour rechercher et constater les infractions et, le cas échéant, pour prendre des mesures préalable et alternatives⁸⁷ (avertissement et/ou transaction).

⁷⁷ En droit belge, voy. par ex. l'art. VII.195 du Code de droit économique. En droit espagnol, voy. l'art. 21 (1) de la Ley 16/2011.

⁷⁸ Par exemple, en cas de non-respect de l'obligation d'information relative au droit de rétractation en matière de contrats à distance, le délai est porté à 12 mois (art. VI.48 du Code belge de droit économique et art. 105 du Real Decreto Legislativo 1/2007).

⁷⁹ Voy. par ex. l'art. VII.195 du Code belge de droit économique ou l'art. 21 (2) de la Ley 16/2011.

⁸⁰ Art. 18 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸¹ Art. 10 de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸² A ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, op. cit., n° 326 et s.

⁸³ Art. XV.67/3 du Code belge de droit économique.

⁸⁴ Art. XV.68 du Code belge de droit économique.

⁸⁵ Art. XV.69 et s. du Code belge de droit économique. En droit espagnol, voy. les art. 49 et s. du Real Decreto Legislativo 1/2007 sur l'action en cessation.

⁸⁶ Sur les sanctions pénales, voy. L. KERZMANN et H. JACQUEMIN, «Le point sur les sanctions pénales dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur», D.C.C.R., 2011/92, pp. 5-30; E. SYX, «Handhaving van de consumentenbescherming via strafsancties – Kritische analyse», D.C.C.R., 2012/97, pp. 5-45.

⁸⁷ Art. XV.1 et s. du Code belge de droit économique.

3.4.2. *Regrets sur la manière dont la méconnaissance des exigences de forme est sanctionnée les textes normatifs*

Pour remplir la fonction préventive et jouer un rôle dissuasif, la mesure doit être suffisamment sévère, connue de son destinataire et effectivement appliquée par les cours et tribunaux (ou les autorités chargées de la prononcer). Si cette fonction préventive s'est révélée insuffisante et que les exigences requises ont été violées, la sanction doit au moins empêcher qu'un préjudice se produise ou, le cas échéant, réparer celui-ci. Dans plusieurs hypothèses, la sanction remplit ces finalités avec une efficacité satisfaisante. Ainsi, les conséquences négatives d'une méconnaissance du prescrit légal sont neutralisées lorsque le consommateur est dispensé du paiement des frais (par exemple les frais supplémentaires de transport ou de renvoi des biens) dont il n'a pas été informé⁸⁸.

Trop souvent, le cadre normatif actuellement en vigueur ne permet cependant pas d'atteindre ces objectifs. Lorsque l'interprète a démêlé l'écheveau législatif pour trouver la sanction applicable, et que le consommateur a, le cas échéant, consenti aux frais nécessaires à l'introduction d'un recours judiciaire, il faut malheureusement constater que la mesure susceptible d'être prononcée ne permet pas systématiquement de rencontrer ces fonctions réparatrices ou exécutoires. Ainsi, la sanction consistant à allonger le délai de rétractation en cas de manquement à diverses obligations d'information ne paraît pas adaptée lorsque lesdites mentions sont étrangères au droit de rétractation (et concernent par exemple les services après-vente ou les recours)⁸⁹. Elle l'est d'autant moins sachant que le consommateur ne doit pas être informé de ces sanctions: ignorant généralement leur existence, il est finalement peu probable qu'il les mette en œuvre.

Il importe également que le choix de la sanction et de son régime soit le reflet d'un équilibre entre l'objectif poursuivi et les intérêts du cocontractant de la partie faible. On doit en effet éviter de concevoir la sanction de telle sorte qu'elle puisse être instrumentalisée, abusivement, par cette dernière⁹⁰ ou qu'elle aille manifestement au-delà de ce qui était nécessaire pour réparer le dommage.

Nous sommes favorables aux mesures qui ne requièrent pas nécessairement l'intervention du juge (telles que l'allongement du délai de rétractation, ou la

⁸⁸ Art. 14 (4), b), de la directive sur les droits des consommateurs.

⁸⁹ Tel est pourtant le cas conformément à l'art. 13, § 4, de la loi sur le time-sharing. Par contre, en vertu de l'article 10 (1), de la directive sur les droits des consommateurs (et la disposition correspondante dans la législation nationale), l'allongement du délai de rétractation ne vaut qu'en cas de manquement aux obligations d'information relatives aux conditions, au délai et aux modalités d'exercice du droit de rétractation.

⁹⁰ Voy. *infra*.

dispense du paiement de certains frais, dont le consommateur n'aurait pas été informé). A défaut, et de *lege ferenda*, il conviendrait d'introduire une sanction générale, suivant laquelle «Le juge peut annuler le contrat ou appliquer toute autre mesure proportionnée permettant d'éviter ou de réparer le préjudice subi par la partie faible suite à l'inobservation des formes prescrites par les articles ... Ces mesures sont d'application sans préjudice des autres sanctions prescrites par la loi et susceptibles d'être mises en œuvre par le consommateur sans l'intervention des cours et tribunaux. Le juge peut refuser de sanctionner l'inobservation des formes prescrites par ... lorsque le [cocontractant de la partie faible] démontre que les objectifs poursuivis par celles-ci ont été atteints».

3.4.3. *Regrets sur la manière dont les sanctions sont appliquées par la jurisprudence*

Il nous paraît souhaitable que, dans la mise en œuvre des sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance des règles de forme, la jurisprudence ne procède pas à une application automatique mais vérifie, au cas par cas, si les fonctions des formes prescrites n'ont pas été atteintes par ailleurs. Dans une espèce où les formes des articles 9⁹¹ et 23 de la loi belge sur le contrat de voyage avaient été méconnues, la Cour de cassation a ainsi jugé, par arrêt du 26 mai 2006⁹², que «les formalités prévues par ces dispositions tendent à protéger les intérêts du voyageur. Leur non-respect peut entraîner une nullité relative que le juge apprécie selon la gravité de l'atteinte portée à ces intérêts». Ce raisonnement doit, d'après nous, être approuvé.

Il semble cependant que, lorsqu'il existe une sanction civile expressément prévue par la loi, le consommateur puisse se borner à montrer que l'exigence de forme a été violée. On présume en effet que si la forme n'a pas été observée, la règle de fond, dont elle garantit le respect, a également été méconnue. Sans la forme, la protection de la partie faible n'est pas assurée et un préjudice peut être subi par celle-ci. Il reste à établir si la présomption est réfragable ou irréfragable. Sous réserve de dispositions spécifiques, il semble que la présomption soit irréfragable: en matière de crédit à la consommation, dans son arrêt du 7 décembre 2006, la Cour de cassation belge a ainsi censuré une décision admettant que les formes avaient été violées mais que les objectifs

⁹¹ Traitant du contrat d'organisation de voyage, l'article 9 de la loi précise qu'il «prend cours au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation délivrée par l'organisateur de voyages, par l'entremise ou non de l'intermédiaire de voyages qui agit au nom de ce dernier».

⁹² Cass., 26 mai 2006, *D.C.C.R.*, 2007, p. 196, note P. WÉRY, *J.L.M.B.*, 2007, p. 339, *Pas.*, 2006, liv. 5-6, p. 1216, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. WÉRY.

poursuivis étaient néanmoins atteints⁹³. S'agissant des formes prescrites à peine de nullité, de nombreux auteurs défendent la thèse du caractère irrémédiable de la mesure, considérant qu'il n'y a pas d'équipollents aux formes solennelles⁹⁴⁻⁹⁵. A nos yeux, une opinion différente pourrait toutefois être défendue.

4. CONCLUSION

4.1. Le formalisme comme mécanisme de protection

En substance, on peut rappeler que, malgré ses inconvénients, le formalisme contractuel constitue un excellent mécanisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, en l'occurrence le consommateur.

Le législateur l'a bien compris et il n'hésite pas à y recourir dans les textes légaux ou réglementaires de nature consumériste, en Belgique et en Espagne.

4.2. Bilan et perspectives

Cette analyse du droit de l'Union et du droit belge et, à la marge, du droit espagnol, était l'occasion de faire le bilan, à la lumière des tendances récentes qui caractérisent le recours au mécanisme par le législateur et son

application par la jurisprudence. Sur ce point, l'appréciation est globalement positive, eu égard à l'effort de simplification de certaines formes, au souci de standardisation et à la prise en compte des technologies de l'information et de la communication.

On se plaît toutefois à espérer que le législateur fasse preuve d'une plus grande cohérence dans le choix des formes, qu'il cesse de multiplier encore et encore les mentions informatives, qu'il soit plus respectueux des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle ou qu'il se consacre à l'établissement d'un régime intégré et efficace pour les sanctions civiles.

Gageons que le législateur catalan sera également sensible à ces exigences.

⁹³ Cass., 7 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 132, *J.J.P.*, 2007, p. 410, note F. DE PATOUL. Le pourvoi est dirigé contre un jugement rendu le 29 novembre 2004 par le Tribunal de première instance d'Eupen, statuant en degré d'appel. Celui-ci avait reconnu que la mention «Ne signez jamais un contrat non rempli» n'était pas rédigée en caractères gras, d'un type différent, mais en majuscules; de même, la mention n'était pas présentée sous la forme d'un alinéa séparé. Le Tribunal a néanmoins décidé que «même si l'offre de crédit ne remplit pas toutes les prescriptions légales de l'article 14, § 4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation, il répond toutefois à l'objectif de la loi du 12 juin [1991] relative au crédit à la consommation puisque les majuscules se différenciant du reste du texte, l'attention du débiteur a été attirée de manière tout à fait efficace sur la référence litigieuse. L'article 86 de la loi sur le crédit à la consommation ne peut dès lors trouver à s'appliquer». La Cour de cassation juge le moyen fondé et casse ce jugement: «en refusant d'appliquer l'une des sanctions prévues à l'article 86 de la loi, par le motif que l'offre de crédit, bien qu'elle soit irrégulière, répond à l'objectif de la loi du 12 juin 1991, le jugement attaqué viole les dispositions légales indiquées au moyen».

⁹⁴ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 1, pp. 101-102, n° 9. En ce sens, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 391, n° 431 et pp. 392-393, n° 432; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 627, n° 23. Voy. aussi J. CARBONNIER, qui indique qu'à la différence des règles de preuve, «l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul» (*Droit civil. Tome 4/ Les obligations*, Paris, P.U.F., 16^e éd., 1992, p. 178, n° 90).

⁹⁵ Voy. aussi Cass., 19 novembre 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 83.